



Tilburg University

Geschiloplossing in commerciële relaties

van Beukering, E.J.M.; Barendrecht, J.M.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
1998

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Beukering, E. J. M., & Barendrecht, J. M. (1998). Geschiloplossing in commerciële relaties. *Nederlands Juristenblad*, 73(45/46), 2059-2068.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Geschiloplossing in commerciële relaties

Integratie van moderne conflicthanteringsmethoden in de regeling van de niet-nakoming en het procesrecht

1 Wat volgt

De kijk die wij hebben op het oplossen van conflicten is fundamenteel aan het veranderen. Bij de wetenschappelijke bestudering van conflicten is vooruitgang geboekt. Het ontstaan van moderne onderhandelings technieken heeft ook geleid tot meer inzicht in de manier waarop mensen in een conflictsituatie het beste met elkaar om kunnen gaan. De ontwikkeling van mediation sluit hierbij aan en laat zien hoe een derde die een conflict moet oplossen zich het beste kan opstellen.

Dit artikel is een kort verslag van ons onderzoek naar de mogelijkheden van inpassing van moderne opvattingen over conflicthantering in de manier waarop juristen door onderhandeling en in gerechtelijke procedures geschillen oplossen. Wij laten in paragraaf 2 eerst de hoofdlijnen zien van de moderne opvattingen over conflicthantering. Paragraaf 3 is gebaseerd op een indeling in veertien fasen van de gang van zaken voorafgaande en tijdens een juridische procedure. Voor ieder van die fasen is de gebruikelijke aanpak van geschillen door juristen vergeleken met de moderne inzichten over een goede hantering van conflicten. Die vergelijking toont een aantal knelpunten, die aanleiding kunnen vormen tot bezinning op de traditionele juridische benadering en op de regels over niet-nakoming en procesrecht die daaraan ten grondslag liggen. Hier kunnen wij alleen per fase de belangrijkste resultaten van ons onderzoek weergeven. De lezer die meer wil weten, wordt verwezen naar een uitvoeriger verslag dat binnenkort in boekvorm zal verschijnen en in concept kan worden geraadpleegd op <http://law.kub.nl/boeken/geschil.html>. In paragraaf 4 gaan wij tenslotte in op de mogelijkheid en de wenselijkheid van afstemming tussen de juridische methode van geschilbeslechting en de moderne opvattingen over conflicthantering.

Wij richten ons hierna op geschillen in contractuele commerciële relaties. In deze verhoudingen, die vaak een duurkarakter hebben, zijn de bezwaren van de klassieke

1 Hoogleraar resp. universitair docent verbonden aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, KUB.

juridische aanpak duidelijk voelbaar. De verlokkingen van mediation zijn hier dan ook groot, zoals onder meer blijkt uit de recente oprichting van een ADR-Centrum voor het Bedrijfsleven.² Maar de gesignaleerde verschijnselen doen zich ook op andere gebieden voor, zodat onze analyse wellicht een bredere betekenis heeft.

2 NJB 1998, p. 895.

2 Een moderne aanpak van geschillen

2.1 *Herkomst*

Startpunt van de moderne ontwikkelingen vormen de sociale en de cognitieve psychologie, waarin veel onderzoek is gedaan naar conflicten en de manier waarop mensen daarmee omgaan.³ Later hebben ook andere disciplines bijgedragen aan de kennis over conflicten. De speltheorie biedt een analysemethode voor het strategisch gedrag van rationele partijen - en hun adviseurs - wanneer die als doel hebben om zo goed mogelijk uit het conflict te komen. De prospecttheorie biedt inzicht in veelvoorkomend gedrag dat minder rationeel is.⁴

Deze ontwikkelingen vallen samen met de opkomst van een nieuw onderhandelingsconcept, dat 'integratief' of 'principeel' onderhandelen wordt genoemd.⁵ Dit onderhandelingsconcept is omarmd in de management- en organisatieleer.⁶ Het wordt in het bedrijfsleven gepropageerd, onder meer in de gepopulariseerde vorm van Harvard's 'Getting to yes'.⁷ Onderhandeling gebeurt hier voornamelijk op basis van belangen, met als doel een oplossing te vinden met een maximale gemeenschappelijke winst. De neutrale derde die een bijdrage aan de oplossing van het conflict wil leveren, probeert vooral dit onderhandelingsproces beter te laten verlopen.

De ADR-literatuur heeft deze methode vervolgens geschikt gemaakt voor juridische conflicten.⁸ Vanuit de traditionele juridische aanpak bezien, valt op dat emoties belangrijker worden geacht dan juristen gewend zijn en dat er in die methode

3 Zie hierover onder meer Smith & Mackie 1995, p. 622 e.v.; Prein 1996.

4 Een uitstekend overzicht van de voor juridische geschiloplossing relevante bevindingen uit de verschillende wetenschapsgebieden die zich met conflicthantering bezighouden, geeft Bühring-Uhle 1996, p. 218-260, met veel verdere verwijzingen, vgl. ook Richters 1991, Verkruisen 1996, Van Koppen & Hessing 1997 en Ten Kate & Van Koppen 1997. Zie voor de stand van zaken in de interdisciplinaire research *Barriers to Conflict Resolution* (Arrow c.s.) 1995 met bijdragen van vele autoriteiten op dit vlak. Voor recente informatie is interessant het e-journal *Litigation, Procedure and Dispute Resolution* (verkrijgbaar via www.ssrn.com) met abstracts van artikelen en work in progress.

5 Dit concept kent meerdere varianten, die in de kern echter steeds gelijk zijn; Brown & Marriott 1993, p. 89-93; Goldberg, Sander & Rogers 1992, p. 17-102.

6 Lax & Sebenius 1986; Ritsema van Eck & Huguenin 1993.

7 Fisher, Ury & Patton 1998.

8 Zie voor een beschrijving met veel verdere verwijzingen Jacobs 1998, p. 157-230.

een sterke aandacht is voor een open communicatie, gericht op het oplossen van het werkelijke conflict. Dat belangen van partijen centraler staan dan rechten, is voor juristen ook wennen.⁹

Integratief onderhandelen is geen wondermiddel voor alle situaties die zich tijdens onderhandelingen kunnen voordoen. Een zwakke kant is met name dat deze benadering afhankelijk is van de constructieve opstelling van beide partijen. Maar zij voegt op zijn minst een zeer belangrijke invalshoek toe: die van onderhandelingen als het vinden van een oplossing voor een gemeenschappelijk probleem. En op basis van die invalshoek hebben de theorie en de praktijk van de conflicthantering zich verder kunnen ontwikkelen. Enkele hoofdlijnen daarvan zullen wij nu schetsen.

2.2 Ruime aandacht voor emoties

9 Loonstra 1997 laat mooi zien hoe de moderne opvattingen over conflicthantering contrasteren met de aanpak die juristen gewend zijn.

Conflicten ontstaan als er tegenstrijdige belangen, opvattingen, doelen en/of rollen in het spel zijn, of lijken te zijn. Een conflict wordt een psychologische realiteit als tenminste één van partijen de situatie als niet langer aanvaardbaar ervaart, daar vijandige gevoelens over krijgt en daar op reageert.¹⁰ Conflicten zijn dus nauw verbonden met emoties. Denk bijvoorbeeld aan de boosheid en frustratie, waarmee het mislukken van een contractuele samenwerking gepaard kan gaan, en in het kader van duurrelaties ook aan een zekere verliesverwerking en angst voor de toekomst.

Wil een proces van conflictoplossing constructief kunnen verlopen, dan zal aan deze emoties aandacht moeten worden besteed, ook in commerciële relaties. Niet alleen dient er voldoende tijd en gelegenheid te zijn om emoties te uiten, maar nog belangrijker is dat partijen actief naar elkaar luisteren en zich proberen in te leven in elkaars situatie.¹¹ Als de negatieve emoties de verhouding tussen partijen minder domineren, ontstaat er ruimte voor oplossing van het conflict.

Een nadere analyse van emoties brengt wellicht ook sluimerende conflicten uit het verleden aan het licht, die het manifeste conflict op de achtergrond beïnvloeden.¹² Ook deze meer verborgen conflicten zullen wellicht bij de conflictoplossing moeten worden betrokken. Voorts bevordert een goede uiting van emoties acceptatie van mogelijk ongelijk.

2.3 Focus meer op belangen en minder op rechten en posities

In de westerse cultuur bestaat een sterke neiging een conflict te zien als een ‘win-lose’ situatie. Partijen hebben daarin sterke aandacht voor hun gelijk, hun rechten. Zij vertonen voornamelijk positioneel gedrag, zij nemen stellingen in. De focus op rechten kan betekenen dat als uitkomst van het conflict slechts een juridische ‘alles of niets’ oplossing in het verschiet ligt. Daarbij kan maar één partij gelijk krijgen. Een sterk juridische uitkomst geeft bovendien lang niet altijd een optimale oplossing voor het werkelijke conflict.

Positioneel gedrag zal in onderhandelingen over een oplossing van het conflict een groot probleem zijn. Simpel gezegd, is de gedachte: Wat de ander krijgt, gaat er bij mij van af. Men begint dus met overvragen. En via concessies wordt vervolgens getracht een compromis te bereiken. Maar concessies worden doorgaans ervaren als het tonen van zwakte en verbonden met het gevoel iets te moeten weggeven waar men

10 Zie onder meer Smith & Mackie 1995, p. 600; Prein 1996, p. 9-11 en p. 131-134.

11 Vgl. nader Prein 1996, p. 98-99.

12 Prein 1996, p. 132.

eigenlijk recht op dacht te hebben.

Aan de andere kant schat de wederpartij eenzijdige concessies vaak niet op de juiste waarde, vooral als is gesuggereerd dat op de concessie een passende tegenconcessie moet volgen.¹³ Deze re-actie kan worden verklaard uit psychologische processen. Een rol speelt onder meer dat het voor de wederpartij veelal niet duidelijk is wat het motief is voor de concessie. Het aanbod zal sceptisch worden bekeken, vanuit het idee dat wat goed is voor 'hen' slecht is voor 'ons'.¹⁴ Door dit proces van 'reactive devaluation' van concessies wordt de kans op impasses in de onderhandelingen groot.

Een ander mogelijk gevolg van met name ruime, eenzijdige concessies is dat zij de wederpartij tot de overtuiging kunnen brengen dat er door hard onderhandelen nog meer winst kan worden behaald.¹⁵ En daarin schuilt weer het gevaar dat een schikkingsresultaat wordt bereikt dat sterk afwijkt van wat een optimale oplossing zou zijn.

Het is daarom beter dat de werkelijke belangen van partijen centraal komen te staan. Bij een moeizaam verlopend automatiseringsproject speelt bij de opdrachtgever bijvoorbeeld het belang dat het systeem gaat werken, dat invoering snel plaatsvindt zodat het personeel niet gedemotiveerd raakt en dat het nadeel wordt hersteld dat is ontstaan door het niet goed bediend zijn van de afnemers. De leverancier vindt daartegenover van belang dat de 'mislukking' niet in de markt bekend wordt, dat in de toekomst nog diensten zullen worden afgenomen en dat zo min mogelijk schadevergoeding in geld moet worden voldaan. De belangen beantwoorden eigenlijk de vraag naar het 'waarom' van de wederzijdse eisen en standpunten. Partijen zullen hun belangen moeten concretiseren en dat zal al leiden tot het nodige realisme: geen eendimensionale aanpak van zoveel mogelijk schadevergoeding vragen, maar concreet aangeven waar het ervaren nadeel in zit.

Uit de inventarisatie van belangen zal vervolgens waarschijnlijk blijken dat partijen bepaalde belangen gemeenschappelijk hebben. Geen van beide partijen heeft er belang bij dat de automatisering als mislukt wordt gezien bij het eigen personeel en bij de eigen afnemers. Aan andere belangen kan worden tegemoet gekomen zonder dat de wederpartij daar nadeel van heeft. Over toekomstige samenwerking valt met de opdrachtgever misschien nog best te praten. Ook zal er waarschijnlijk een residu van onverenigbare belangen zijn, zoals bijvoorbeeld een bedrag dat betaald moet worden als tegemoetkoming in de schade die werkelijk niet kon worden vermeden. Maar ook daarvoor geldt dat inzicht in de belangen achter de standpunten in ieder geval leidt tot

13 Mnookin & Ross 1995, p. 15-16.

14 Zie nader Ross 1995, p. 34-38.

15 Mnookin & Ross 1995, p. 16.

meer begrip over en weer, zodat een betere basis voor de oplossing van het geschil ontstaat.

2.4 Via inventarisatie van mogelijke oplossingen naar een oplossing met maximale gemeenschappelijke winst

De volgende stap is dat partijen gezamenlijk op zoek moeten gaan naar een oplossing die zoveel mogelijk recht doet aan de wederzijdse belangen. Daarbij wordt aanbevolen een scheiding te maken tussen het bedenken van mogelijke oplossingen ('brainstormen') en het kiezen daaruit.¹⁶ Een voortijdige beoordeling van oplossingen kan immers een negatieve uitwerking hebben op het aantal en de kwaliteit van de ideeën. Het gaat er om alle mogelijke oplossingen op tafel te krijgen, om vervolgens via onderhandeling en besluitvorming een zo optimaal mogelijk resultaat te bereiken.

Aandachtspunten voor de oplossingen waarnaar wordt gezocht zijn dat zij werkbaar moeten zijn en zich vooral moeten richten op de toekomst, waarbij die toekomst een gezamenlijke kan zijn, maar ook kan bestaan in een op een zo aanvaardbaar mogelijke manier uit elkaar gaan. De oplossing zal, om zo acceptabel mogelijk te zijn, in beginsel ook moeten aansluiten bij objectieve normen. Die objectieve normen kunnen rechtsregels zijn die uit de wet of de jurisprudentie kunnen worden gehaald. Onderhandelingen over conflicten vinden immers plaats 'in the shadow of law'.¹⁷ Maar aanvaardbare objectieve aanknopingspunten kunnen ook andere bronnen hebben, en soms vormen rechtsregels zelfs een beletsel voor een aanvaardbare oplossing. Dat wil niet zeggen dat zij dan geen invloed meer op de onderhandelingen hebben, want ook de te verwachten uitkomst wanneer het op een procedure zou aankomen, zal een belangrijke rol in de onderhandelingen spelen, en de toepasselijke rechtsregels geven een indicatie van die uitkomst.¹⁸ Vaak zullen er overigens onder de rechtsregels feitelijke onzekerheden zijn en zullen die regels een zekere openheid hebben. Dat creëert enerzijds de nodige onderhandelingsruimte, maar te grote onzekerheid over de uitkomst onder de regels vermindert de kans op overeenstemming.

Als het goed is, zullen er na het 'brainstormen' oplossingen op tafel komen, die een deel van de belangen van partijen met elkaar verenigen. Het 'integratieve' van de onderhandelingen komt met name hierin tot uiting. Het standaardbeeld is dat van het vergroten van de koek, voordat verdeling plaatsvindt.

2.5 Verdelend onderhandelen

16 Zie met name Prein 1996, p. 170-171; Ritsema van Eck & Huguenin 1993, p. 150-151.

17 Mnookin & Kornhauser 1979.

18 **Bühning-Uhle 1996, p. 232-233.**

In de literatuur worden de mogelijkheden van integratief onderhandelen wel eens te mooi voorgesteld. In werkelijkheid zal vaak een aanzienlijk gedeelte van het geschil overblijven, waar de belangen tegengesteld zijn. Om bij het eerdere voorbeeld van de mislukte automatisering te blijven: over een geldbedrag ter compensatie van een bepaald niet meer te herstellen nadeel zal daarom ‘verdelend’ moeten worden onderhandeld.

Zeker juristen zullen relatief vaak met gevallen te maken krijgen, waarin het verdelingsvraagstuk overheersend is. Aannemelijk is immers dat conflicten waarin de vereniging van belangen gemakkelijk is, relatief vaker door partijen zelf zullen worden opgelost. Aan de andere kant zit er in onderhandelingen waarbij juristen betrokken zijn, ook altijd tenminste één integratief aspect: het gemeenschappelijk belang om de directe kosten en indirecte lasten van een procedure te vermijden.

Echte richtlijnen voor de manier waarop verdelende onderhandelingen het beste kunnen worden gevoerd, ontbreken eigenlijk nog. Er zijn echter wel mogelijkheden om de kans op overeenstemming te vergroten. Als de voorafgaande integratieve fase succesvol is verlopen, is er een positief onderhandelingsklimaat geschapen, waar ook de nagestreefde open communicatie aan zal hebben bijgedragen. De gezamenlijk zoektocht naar oplossingen kan bovendien nog worden voortgezet in de verdelende fase: ‘Welke objectieve norm zouden wij kunnen gebruiken?’, ‘Welke derde zou ons een objectief aanknopingspunt kunnen aanreiken?’, zijn vragen die partijen zich kunnen stellen.

Bij verdelende onderhandelingen is belangrijk dat partijen zich goed realiseren wat hun alternatieven zijn.¹⁹ Waar kom je uit als je de onderhandelingen afbreekt? In een langdurige procedure voor de rechter met een onzeker resultaat? Of is er nog een andere oplossing? Een realistische kijk op de alternatieven, welke zich steeds zal moeten aanpassen aan gewijzigde omstandigheden of nieuwe informatie, voorkomt dat partijen te snel de onderhandelingen afbreken, en ook dat zij te snel akkoord gaan met een onderhandelingsresultaat waarvan zij achteraf spijt krijgen.²⁰ Veel research wijst er echter op dat een te groot optimisme over het alternatief relatief vaak voorkomt, met name als het gaat om een prognose van een oordeel door een derde, zoals een rechter.²¹

2.6 Het dilemma: coöperatief of competitief gedrag

Integratief onderhandelen, waarbij de belangen van partijen centraal komen te staan en waarbij gemeenschappelijk een oplossing wordt gezocht, blijkt in de praktijk regelmatig moeilijk te verwezenlijken. Het begint er al mee dat een partij soms de

19 Kernachtig uitgedrukt in het kader van de Harvard methode: ‘Know your BATNA (Best Alternative To Negotiated Agreement)!’

20 Bühring-Uhle 1996, p. 248.

21 Kahneman & Tversky 1995, p. 46 e.v.

neiging zal hebben om geen volledige openheid van zaken te geven of motieven en prioriteiten bewust te verzwijgen. Die partij denkt zo een maximaal resultaat bij de conflictoplossing te behalen. Op zoek naar een groter deel van de te verdelen koek, is een partij soms zelfs bereid om de te verdelen materie te laten slinken. Dat gebeurt als de ene partij druk op de ander zet door deze in een nadeliger positie te brengen of in een procedure op kosten te jagen.

Deze ‘competitieve’ houding is op zich vaak begrijpelijk. Voor integratief onderhandelen zijn twee partijen nodig en van tevoren is meestal onbekend hoe de wederpartij zich zal opstellen.²² Het is dan wellicht maar het beste alvast een goede uitgangspositie te verwerven. En soms lukt het door dreiging, bluf, een eenzijdige voorstelling van zaken en andere competitieve tactieken een beter resultaat te verkrijgen, dan bij een coöperatieve opstelling mag worden verwacht. Wie geld moet betalen en dat niet kan, lijkt wellicht op het eerste gezicht beter af door de afdoening van het conflict zoveel mogelijk te rekken. Maar het is wel de vraag of men de eigen belangen dan steeds goed inschat.²³ En bovendien: wie kiest voor een competitieve opstelling, lokt daarmee ook competitief gedrag van de wederpartij uit. De meeste wederpartijen zullen zich niet willoos naar de slachtbank laten leiden en genoegen nemen met een kleiner deel van een kleinere te verdelen koek. En als eenmaal competitie is ontstaan, is het moeilijk weer de weg naar coöperatief gedrag te vinden. Dat komt onder meer omdat eenzijdige stappen, die beoogd zijn om de ander onder druk te zetten, op die ander vaak een veel groter effect hebben dan gedacht. Men beseft over het algemeen minder goed hoe lasten een ander treffen, dan dat men vergelijkbare lasten zelf voelt.²⁴

Er is tamelijk veel onderzoek gedaan naar strategieën die individuele onderhandelende partijen het beste zouden kunnen hanteren om met het dilemma coöperatief/competitief om te gaan. Daarbij ging het veelal om laboratoriumsituaties, zodat voorzichtigheid past bij het trekken van conclusies. Maar er zijn duidelijke aanwijzingen dat een zogenaamde ‘tit for tat’ strategie vaak de beste resultaten oplevert. Deze strategie houdt in dat in beginsel een coöperatieve houding wordt ingenomen, maar dat een escalerende stap met gelijke munt wordt terugbetaald. Als partijen weer ‘gelijk staan’, stelt degene die deze oog-om-oog, tand-om-tand-strategie volgt zich weer coöperatief op.²⁵

Op zichzelf is deze strategie aansprekend en eenvoudig. Wie de wederpartij niet in de verleiding wil laten komen een greep te doen naar een disproportioneel aandeel,

22 In de speltheorie worden onderhandelingen om een procedure te vermijden dan ook meestal gezien als een ‘prisoners dilemma’, zie bijvoorbeeld Gilson & Mnookin 1995.

23 Mnookin & Ross 1995, p.8-9.

24 Bühring-Uhle 1996, p. 242.

25 Zie nader Bühring-Uhle 1996, p. 237 e.v. en p. 253 e.v.; Dawes & Orbell, p. 63 e.v.

kan deze aanpak ook gemakkelijk vooraf aan de wederpartij uitleggen. Maar in de praktijk zijn de problemen al snel groot: competitief gedrag is niet altijd meteen als zodanig te herkennen, evenredige tegenmaatregelen zijn niet altijd beschikbaar en ook het effect van de competitieve tegenmaatregelen wordt vaak onderschat, zodat verdere escalatie plaatsvindt.

2.7 Gevolgen voor de inrichting van een stelsel van geschiloplossing

Tot nu toe hebben wij gekeken naar de manier waarop partijen zelf hun geschillen zouden kunnen aanpakken. In de praktijk zal het hen echter vaak niet lukken om het geschil zo te benaderen. Het is daarom belangrijk dat het geschiloplossingssysteem dat zij kunnen inschakelen als zij er niet uitkomen bij die benadering aansluit en hen zoveel mogelijk stimuleert om deze te volgen. Hoe zo'n geschiloplossingssysteem er uit zou zien, is het onderwerp van paragraaf 3, maar enige contouren komen al te voorschijn.²⁶

(1) Juist omdat partijen intuïtief vaak voor positioneel onderhandelingsgedrag kiezen, is het belangrijk dat zij informatie krijgen over de manier waarop zij het beste met een conflict kunnen omgaan.²⁷ Daarbij kunnen partijen worden geholpen zicht te krijgen op de cognitieve processen die hen parten kunnen spelen in de onderhandelingen.

(2) In het geschiloplossingssysteem kan met die cognitieve processen rekening worden gehouden. Zo kan het mechanismen bevatten ter voorkoming van een te optimistische inschatting van de alternatieven. Ook kan wellicht worden voorkomen dat een partij de effecten van het eigen (competitieve) onderhandelingsgedrag op de wederpartij onderschat, of uit het oog verliest dat een competitieve handeling een soortgelijke reactie oproept, bijvoorbeeld door overleg te stimuleren voordat een partij eenzijdig een stap zet.²⁸ Een mogelijkheid om het proces van 'reactive devaluation' tegen te gaan, is dat partijen voorafgaande aan de verdelende onderhandelingen hun belangen en voorkeuren (nog eens) uitdrukkelijk naar voren brengen en daarbij een rangorde in relatief gewicht aangeven. Een voorstel tot een compromis kan daar dan bij aansluiten.

(3) Het is belangrijk dat de verschillende fasen van het proces van een goede conflictoplossing stap voor stap worden doorlopen. In beginsel moet daarom worden begonnen met een inventarisatie, waarin achtereenvolgens emoties, belangen en mogelijke oplossingen aan de orde komen. Want pas als het geschil is ontdaan van alle ballast en de bouwstenen voor een oplossing zijn geordend, kunnen onderhandeling en

26 Vgl: Goldberg, Brett & Ury 1991, die zes 'basic principles of dispute system design' noemen.

27 Goldberg, Brett & Ury 1991, p. 410.

28 Goldberg, Brett & Ury 1991, p. 407.

besluitvorming een maximaal gemeenschappelijk nut opleveren.

(4) Voor een goede gezamenlijke inventarisatie is nodig dat partijen open met elkaar communiceren. Te formele communicatiestructuren kunnen dat verhinderen.²⁹

(5) Het recht kan partijen helpen hun belangen voor elkaar zichtbaar te maken. Daarom is het goed dat binnen zoveel normen tegenwoordig een afweging van met name genoemde, of nog door partijen zelf aan te geven, belangen moet plaatsvinden. De rechter, of een andere derde die de oplossing van het geschil tot taak heeft, kan een faciliterende rol hebben bij het op tafel krijgen van de werkelijke belangen van partijen.

(6) Pas na de inventarisatie van de mogelijke oplossingen is het tijd voor het maken van keuzes. Daarbij zullen partijen moeten worden gestimuleerd om te beginnen met het ‘integratieve deel’ van de onderhandeling en daarna pas te gaan verdelen.

(7) Bij verdelende onderhandelingen kunnen partijen worden ondersteund door objectieve maatstaven. Waar voor het inventariseren van oplossingen betrekkelijk open normen, die de belangen zichtbaar maken, goed kunnen zijn, zullen partijen in de verdelende onderhandelingen steun nodig hebben van scherpere normen die een objectief aanknopingspunt bieden voor een aanvaardbare verdeelsleutel. Zij zullen er niet veel aan hebben als hen wordt voorgeschreven belangen af te wegen die tegengesteld en niet met elkaar verenigbaar zijn. Als een objectief aanknopingspunt ontbreekt, kan dat voor het individuele geval worden geschapen. Een derde kan informatie geven over de uitkomst die in een procedure kan worden verwacht, waarna partijen weer teruggaan naar de onderhandelings tafel.³⁰

29 Mnookin & Ross 1995, p. 19-22.

30 Goldberg, Brett & Ury 1991, p. 408.

(8) Een geschiloplossingssysteem moet coöperatief gedrag stimuleren en competitief gedrag ontmoedigen. Competitief gedrag, bedoeld om het eigen aandeel te vergroten ten koste van dat van de wederpartij, kan soms in het eigen belang van één partij zijn. Maar een coöperatieve houding, waarbij wordt gestreefd naar maximalisatie van het gemeenschappelijke nut en vervolgens een verdeling plaatsvindt, verdient uit maatschappelijk oogpunt steeds de voorkeur boven oplossingen waarbij de ene partij weliswaar meer krijgt toebedeeld, maar dit ten koste van een verlies voor de wederpartij dat groter is. Materiële en formele regels, maar ook de rechterlijke praktijken, zouden veel meer moeten worden getoetst op de manier waarop zij het onderhandelingsgedrag van partijen beïnvloeden. Die regels zijn immers mede bepalend voor de alternatieven die partijen hebben voor het voortzetten van de onderhandelingen en dus voor hun opstelling in die onderhandelingen. De verwachte uitkomsten van onderhandelingen in de schaduw van regels zijn eigenlijk veel wezenlijker dan die regels zelf of de rechterlijke beslissingen die op basis van die regels worden genomen.

(9) In de praktijk zal het niet haalbaar zijn om competitief gedrag geheel te vermijden. Het is vaak te moeilijk om competitief gedrag te herkennen en om te voorkomen dat inventieve partijen daar toch voordeel uit halen. Daarom zal moeten worden nagedacht over de manier waarop het systeem daarop moet reageren. Zo rijst de vraag of een competitief antwoord in het kader van 'tit-for-tat' wel moet worden toegestaan. Als dat zou mogen, moet vervolgens weer worden bekeken hoe moet worden beoordeeld of dat antwoord evenredig was.

3 Knelpunten in de juridische geschilbeslechting

De traditionele juridische geschilbeslechting kan worden beschouwd als een proces dat veertien fasen kent. Die fasen lijken kenmerkend voor de manier waarop juridische geschillen in commerciële relaties zich ontwikkelen, al ontbreken soms bepaalde fasen of is soms de volgorde anders. Wij hebben voor ieder van die fasen getracht te beschrijven wat de gebruikelijke handelwijze van partijen is en hoe die zich verhoudt tot de moderne inzichten over geschilbeslechting. Daarna hebben wij bekeken wat de invloed op die gedragslijn is van de voor die fase geldende rechtsregels. Vervolgens zijn wij gaan exploreren hoe het recht partijen beter ten dienste zou kunnen zijn bij het oplossen van hun geschillen in overeenstemming met die moderne inzichten. Wij willen geen ideaalbeeld schetsen, maar proberen vooral aan te geven welke ontwikkelingen in het huidige recht goed aansluiten bij een moderne conflicthantering, en hoe op die ontwikkelingen zou kunnen worden voortgebouwd.

3.1 *De eerste contacten over het geschil tussen partijen*

Er ligt een groot gat tussen het verbintenissenrecht, dat bepaalt welke verbintenissen tussen partijen gelden, en het procesrecht, dat bepaalt hoe een conflict aan de rechter moet worden voorgelegd. Hoewel de overgrote meerderheid van civielrechtelijke

geschillen wordt opgelost door onderhandelingen, zijn die onderhandelingen in de wet en in de jurisprudentie ongeregeld gebleven.

De moderne inzichten over conflicthantering suggereren dat de manier waarop verbintenisrechtelijke geschillen worden opgelost, sterk kan worden verbeterd als partijen daarbij zoveel mogelijk het patroon van integratieve onderhandelingen volgen. Dat patroon: via aandacht en begrip voor emoties, naar belangeninventarisatie, inventarisatie van oplossingen, integratieve onderhandelingen en verdelende onderhandelingen, zou de hoofdlijn kunnen zijn van een regeling voor het oplossen van (contractuele) verbintenisrechtelijke geschillen door partijen zelf. Daarbij moet niet zozeer worden gedacht aan bepalingen in het BW die bindend voorschrijven welke partij wanneer wat moet doen, maar aan 'spelregels' die partijen ondersteunen bij het vinden van hun weg gedurende de onderhandelingen en die hen aangeven welke 'do's' en 'don't's' daarvoor in ieder geval gelden. Deze spelregels zouden partijen een basisrichting kunnen geven voor een goede aanpak, hen de mogelijkheid bieden elkaar aan te spreken op ongewenst gedrag en in ieder geval er toe bijdragen dat de kennis over een goede conflicthantering beter wordt verspreid.

Een belangrijk aandachtspunt in de ontstaansfase van conflicten is de manier waarop tussen partijen wordt gecommuniceerd. De regeling van de niet-nakoming in Afdeling 6.1.9. BW geeft daarvoor wel enige regels, maar die bepalen vooral dat partijen elkaar moeten mededelen op welke sancties (nakoming, schadevergoeding, ontbinding of opschorting) zij aanspraak maken. Deze regels dwingen dus tot het innemen van (juridische) standpunten, wat haaks staat op het uitgangspunt dat partijen het conflict als een gezamenlijk probleem benaderen en hun belangen centraal stellen. Gezocht zou moeten worden naar vuistregels voor een wijze van communicatie die beter bij dat uitgangspunt past. Daarbij verdienen niet alleen de inhoud en de toonzetting van de te verrichten mededelingen de aandacht, maar ook zaken als: naar de ander luisteren, samenvatten van wat de ander heeft gezegd, de ander vragen stellen over diens standpunten en belangen, niet defensief reageren, echte fouten erkennen en de relatie in stand houden.

3.2 De tekortkomingsdiscussie

Het verbintenissenrecht dwingt partijen vrijwel steeds hun conflict te zien in termen van het al dan niet tekortgeschoten zijn van een partij in de nakoming van zijn verbintenis. Dat is een benadering die mogelijk geschikt is voor bewuste wanprestaties en duidelijke fouten aan één kant, maar veel minder voor problemen die ontstaan door een onvoldoende communicatie over de verwachtingen die men van de te leveren prestatie mag hebben of door een samenloop van kleine fouten over en weer. Een tekortkomingsdiscussie leidt tot beschuldiging en ontkenning en daarmee tot escalatie. Deze discussie noopt er voorts toe veel energie te steken in een reconstructie van het verleden om tot verdeling van nadeel te komen, terwijl het beter zou kunnen zijn eerst de blik te richten op de toekomst, waar de oplossingen met de grootste gemeenschappelijke winst meestal zijn te vinden.

Gezocht zou moeten worden naar manieren om tekortkomingsdiscussies te vermijden in gevallen waar er geen duidelijke tekortkoming is, bijvoorbeeld via andere manieren om risico's te verdelen. Aansluiting kan worden gevonden bij de regeling van verandering van omstandigheden in art. 6:258 BW, die een meer toekomstgerichte benadering mogelijk maakt, of bij art. 6:101 BW.

Waar toch debat moet plaatsvinden over de vraag of een partij haar verplichtingen is nagekomen, zou dat pas in een latere fase moeten gebeuren: nadat partijen hebben getracht hun belangen zo goed mogelijk te verenigen en zij aan verdeling van het overblijvende nadeel toe zijn. Het recht zou partijen beter kunnen ondersteunen bij het voeren van deze discussie: Hoe kom je buiten rechte tot een gezamenlijke en aanvaardbare feitenvaststelling? Hoe los je gezamenlijk een geschil over de uitleg van een contract op? Dat zijn de vragen waarop onderhandelende partijen een antwoord zoeken. Terwijl rechtsregels nu veelal de vorm hebben van aanwijzingen aan de rechter hoe deze een geheel uitgekristalliseerd geschil moet beslissen, zouden zij veel meer het karakter kunnen krijgen van een handleiding voor partijen die in een nog niet volledig vastzittend geschil verwickeld zijn.

3.3 Het inschakelen van rechtsbijstand

Uiteraard zullen rechtshulpverleners de geschilbeslechting vaak in goede banen leiden. Maar bij het inschakelen van rechtshulp gebeurt er meestal eerst iets anders: beide partijen zullen met hun eigen rechtshulpverlener hun eigen beeld opbouwen van het geschil. Dat die beelden dan eenzijdig worden en systematisch te optimistisch, vormt een groot beletsel voor een goede geschiloplossing. Ook een rechtshulpverlener die zich van deze effecten bewust is, blijkt niet goed te kunnen schatten hoe groot die effecten zijn.³¹

Het zou misschien beter zijn als het recht zou stimuleren dat partijen gezamenlijk tot een analyse van het probleem komen. In de praktijk zoeken rechtshulpverleners het ook in die richting: sommige arbeidsrechtadvocaten hanteren onderling een vaste praktijk om telefonisch tot iets als een gezamenlijke probleemdefinitie te komen; bij de afwikkeling van letselschade wordt vaak al in een beginstadium een bespreking belegd om te inventariseren wat de problemen zijn en wat er voor nodig is om verder te komen.

Voor een dergelijke aanpak zijn echter twee partijen nodig die van elkaar weten dat zij samen naar een oplossing willen toewerken. De overheid kan er aan bijdragen die situatie vaker te creëren door een gezamenlijke probleemanalyse te propageren. Zij zou ook overigens kunnen trachten een meer coöperatieve aanpak bij rechtshulpverleners te stimuleren. Dat betekent niet dat hen de ruimte moet worden ontnomen om competitief te antwoorden als hun wederpartij zich niet constructief opstelt. Maar dat een advocaat al vanaf het begin alle registers opentrekt, komt nog

31 **Gilson & Mnookin 1995, p. 192 e.v.**

iets te vaak voor. En waar dat gebeurt, wordt de andere partij in een competitieve houding meegetrokken, zodat dit invloed heeft op de afwikkeling van veel geschillen. Zelfs als maar 30% van de advocaten zich steeds competitief opstelt, zal toch nog 51% van de geschillen waarbij aan beide kanten advocaten betrokken zijn competitief worden afgewikkeld.³²

3.4 Het neerleggen van een claim

Dat de aansprakelijkheidstelling of ingebrekestelling, die de wet nog steeds in vele gevallen eist en die ook daarbuiten standaardpraktijk is, confronterend en polariserend werkt, behoeft na het voorafgaande nauwelijks toelichting. De wettelijke regeling van deze instrumenten behoeft dringend heroverweging.

Een recent arrest over gebreken in het verhuurde die een normaal gebruik daarvan verhinderen, is misschien een voorbode van de ontwikkeling van nieuwe manieren om een geschil kenbaar te maken aan de wederpartij. Een gedeeltelijke ontbinding, met als gevolg dat de huurder een deel van de huur niet meer hoeft te voldoen, is dan mogelijk zonder ingebrekestelling. Maar de huurder is wel gehouden de verhuurder mededeling van het gebrek te doen en deze aldus in de gelegenheid te stellen het gebrek te verhelpen of andere maatregelen te nemen. Kennelijk acht de Hoge Raad hier voldoende dat de schuldenaar weet dat er een probleem is. De schuldeiser hoeft de schuldenaar niet voor te schrijven wat deze moet doen, zoals in de klassieke ingebrekestelling.³³

Uiteindelijk zou de ingebrekestelling misschien kunnen worden vervangen door een bericht dat ongeveer het volgende inhoudt: er is een probleem, onze belangen zijn de volgende en wij willen dat u er aan meewerkt om het probleem op te lossen. Daaraan zou de crediteur kunnen toevoegen dat het voor zijn belangen nodig is dat die oplossing er binnen een bepaalde periode is. Tot slot zou er een uitnodiging kunnen plaatsvinden voor constructief overleg.

3.5 De reactie op een claim

Aan een adequate eerste reactie op een door de wederpartij waargenomen geschil besteedt het recht helemaal geen aandacht, terwijl die eerste reactie cruciaal kan zijn voor de wijze waarop het geschil zich verder ontwikkelt. Een regeling daarvoor zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat men na een korte bezinningsperiode behoort te laten weten of men al dan niet wil meewerken aan de oplossing van het ontstane probleem en welke de eigen belangen zijn.

32 Alleen als een advocaat uit de groep van 70% die zich coöperatief opstelt een ander uit die groep treft, waarop een kans is van wederom 70%, wordt immers gezamenlijk naar een oplossing toegewerkt.

33 HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128.

Als het voor een behoorlijke geschiloplossing nodig wordt geacht dat in de reactie al inhoudelijk op het geschil wordt ingegaan, dan zouden de effecten van de regels van bewijsrecht moeten worden bekeken. In hoeverre maken die regels het nog aantrekkelijk om feiten tegen beter weten in te ontkennen en onaantrekkelijk om begrip te tonen of het eigen aandeel in het ontstaan van een probleem te erkennen?

3.6 Mondeling overleg om een procedure te voorkomen

Wanneer het geschil eenmaal expliciet is gemaakt, is het in de huidige praktijk een moeizaam manoeuvreren om de beide partijen met hun rechtshulpverleners om de tafel te krijgen. Waar men nu nog redenen moet geven om te willen praten en condities probeert te stellen voordat overleg kan plaatsvinden, zou mondeling overleg echter de norm moeten zijn, want directe communicatie is voor alle onderdelen van conflicthantering wezenlijk.

Schriftelijke communicatie over het conflict kan daarbij ondersteunend en structurerend werken. De vaak voorkomende schriftelijke uitwisseling van voorstellen formaliseert en vertraagt echter de communicatie, terwijl het zicht op de achterliggende belangen en de mogelijkheden voor creatieve oplossingen bovendien worden verminderd. De eerder besproken spelregels zouden hieraan aandacht kunnen schenken, en ook overigens aanwijzingen voor het mondeling overleg kunnen geven.

3.7 Het uitoefenen van eenzijdige bevoegdheden

Partijen kunnen de wederzijdse alternatieven voor een onderhandelingsresultaat beïnvloeden door eenzijdige maatregelen als beslag, opschorting, ontbinding en beëindiging van het contract met onmiddellijke ingang. Met name waar deze maatregelen de positie van de wederpartij verslechteren, en dus waarschijnlijk competitief van aard zijn, is een veel sterkere controle van de uitoefening van deze bevoegdheden denkbaar, bijvoorbeeld in kort geding.

Aanknopen bij de aanvaardbaarheid van de ‘tit-for-tat-strategie’ zou men uitkomen op een toetsing aan de hand van het evenredigheidsbeginsel, die wellicht nog strenger zou moeten zijn dan in de literatuur wordt voorgestaan. Daarvoor zou nodig zijn dat de Hoge Raad, die in dit kader nog niet veel van het evenredigheidsbeginsel moet hebben, zijn rechtspraak herzielt over de uitoefening van eenzijdige bevoegdheden als opzegging met onmiddellijke ingang en ontbinding.³⁴

Overleg vooraf over deze ingrijpende maatregelen zou voorts kunnen worden gestimuleerd of zelfs regel moeten worden. Dat zou aansluiten bij de tendens in de rechtspraktijk van bijvoorbeeld het arbeidsrecht om voor het nemen van een ingrijpende maatregel als ontslag op staande voet op zijn minst hoor en wederhoor toe te passen.

34 Vgl. Hammerstein & Vranken 1998, nr. 35 en 36.

3.8 *De overgang naar een procedure*

Ook als de condities voor een betere conflictoplossing buiten rechte zouden worden verbeterd, zullen nog regelmatig geschillen in een procedure bij de rechter moeten worden afgedaan. De huidige praktijk is vaak dat als onderhandelingen niet tot een volledige oplossing kunnen leiden een procedure over een zo breed mogelijk front wordt gestart. Een procedure zou echter veel meer kunnen aansluiten bij datgene wat al in onderhandelingen is bereikt. Daartoe zou onder meer heroverweging kunnen plaatsvinden van de regels over wat mag worden medegedeeld aan de rechter over de inhoud van schikkings-onderhandelingen. In de procedure zou de rechter vervolgens, bij voorkeur zo snel mogelijk in een comparitie, systematisch met partijen kunnen bekijken hoever zij zelf al zijn met ‘emotie-ontlading’ en inventarisatie van belangen, feiten en mogelijke oplossingen, om vervolgens, na een verdere uitdieping van de inventariserende fase, te trachten impasses te doorbreken en het onderhandelingsproces te doen voortzetten.

De huidige procedure, waarin een botsing van eenzijdig opgestelde visies vaak centraal staat, sluit slecht aan bij onderhandelingen waarin partijen zich richten op de oplossing van een gemeenschappelijk probleem. De moderne opvattingen over conflictoplossing zouden daarom verder richting kunnen geven aan de hervorming van het procesrecht. Een procedure die aansluit bij gewenst onderhandelingsgedrag zou dan gericht moeten zijn op hoe partijen werkelijk in het geschil staan. Van daaruit zou de rechter partijen vervolgens naar een oplossing van het geschil moeten leiden, waarbij hij of zij alleen eenzijdig beslist als partijen er echt niet zelf uitkomen.

In een nieuwe procesgang zouden oude waarden als hoor en wederhoor kunnen komen te staan naast nieuwe doelen als het zo snel mogelijk helder krijgen van een geschil voor alle betrokkenen, het bevorderen van een goede communicatie en het gemeenschappelijk zoeken naar oplossingen. Omdat onderhandelingsgedrag mede bepaald wordt door de alternatieven voor partijen en het belangrijk is dat zij die goed kunnen inschatten, zou ook het verloop van het proces voorspelbaarder moeten worden. Vaste praktijken om de eerste instantie bijvoorbeeld binnen acht maanden af te wikkelen, om incidenten snel af te doen en om weinig zinvolle proceshandelingen niet toe te laten, zijn daarvoor nodig. In de discussiestukken van de laatste jaren over de inrichting van een civiele procedure worden al duidelijke stappen in de hiervoor geschetste richting gezet.³⁵

3.9 *De inleidende stukken*

In een moderne conflictoplossende procesgang zouden een inleidend stuk en de reactie

35 Zie het Rapport Gemengde Commissie 1995, de Eindrapportage Projectteam Doelmatigheid Civiele Procedures 1996, het advies Gericht Verplicht 1997 en Rechtspreken en Rechterlijke Organisatie anno 2005, 1998.

daarop van de wederpartij veel meer moeten zijn gericht op het weergeven van achterliggende belangen en mogelijke oplossingen voor het geschil, dan op (vermeende) rechten en de daarbij behorende vorderingen. Mogelijke oplossingen kunnen vooral worden genoemd als partijen al zekere denkrichtingen voor een vergelijk hebben ontwikkeld. Wellicht zijn via integratief onderhandelen al belangen verenigbaar gebleken en zou de rechter zich dus kunnen concentreren op een verdere optimale belangenafweging en eventueel verdelen.

Misschien is er op langere termijn zelfs behoefte aan het al in de inleidende stukken weergeven van heel concrete informatie over het overleg, zoals het noemen van het struikelblok of het voorleggen van een schikkingsbod. De wens naar meer feitelijke informatie in de dagvaarding is een constante in de eerder genoemde discussiestukken en in het kader van het Versneld Regime wordt daarmee al geëxperimenteerd.

Op kortere termijn zou binnen de rechterlijke instanties verder kunnen worden nagedacht over wat men als de optimale manier ziet om een procedure in te leiden. Als de rechterlijke macht, na overleg met de advocatuur, duidelijk maakt wat haar wensen zijn, zullen advocaten daar vanzelf op gaan inspelen. Een volgende stap is wellicht dat men aanbevelingen voor het goed inrichten van een inleidend stuk in de wet of in een daarbij behorende a.m.v.b. opneemt.

Conclusies van re- en dupliek leiden in de huidige praktijk vooral tot een verbreding van het geschil. Het lijkt beter te kiezen voor een geconcentreerde procesgang, in principe bestaande uit een korte schriftelijke voorfase en een mondelinge behandeling. Die hoofdlijn is in de genoemde stukken ook al terug te vinden.

3.10 De comparitie

In het proces zal de comparitie na antwoord waarschijnlijk een steeds centralere positie gaan innemen. Deze mondelinge behandeling, met haar directe contact tussen partijen en de rechter, past goed in de moderne opvattingen over geschiloplossing, maar de manier waarop comparities worden gevoerd is nu nog te zeer gevarieerd. De aanpak met ruimte voor emoties, inventarisatie van belangen, inventarisatie van feiten, brainstorming over mogelijke oplossingen, integratieve onderhandelingen en verdelende onderhandelingen zou de structuur kunnen bieden die de comparitie zo nodig heeft.

De comparitie zou voorts moeten aansluiten bij het stadium waarin partijen zelf met hun geschiloplossing verkeren. Het kan zijn dat partijen de feiten nog niet voldoende hebben geïnventariseerd om op een goede manier integratief of verdelend te kunnen onderhandelen. Zonodig zal dan eerst nader feitenonderzoek moeten worden gedaan, waartoe de comparitie kan worden onderbroken om later te worden voortgezet. Als het eigenlijk alleen nog maar gaat om verdeling dan zullen partijen vaak aanwijzingen van de rechter nodig hebben die als (voldoende scherpe) objectieve norm kunnen fungeren. Daarbij zal de rechter moeten oppassen de beslissing niet voor

partijen te nemen. De kunst is net zoveel informatie te geven dat partijen weer verder kunnen onderhandelen. De rechter doet er waarschijnlijk het beste aan pas zelf een knoop door te hakken als partijen zulks verlangen.

3.11 De bewijsfase

De verzameling en de vastlegging van de relevante feiten, waarvan het belang overigens in de literatuur over conflicthantering wel eens lijkt te worden onderschat, zouden meer een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van partijen kunnen worden. Om een meer duurzame oplossing te bereiken, zouden zij zich bovendien vooral moeten richten op fact-finding naar de toekomst toe en alleen moeten overgaan tot een reconstructie van het verleden voor zover dat werkelijk nodig is om tot een verdeling van nadeel te komen.

Een gezamenlijke fact-finding zou het beste een aanvang kunnen nemen in de fasen voorafgaande aan de procedure, als beschreven in paragraaf 3.2. Mocht zulks onvoldoende zijn gelukt, dan lijkt in de procedure de schriftelijke voorfase met aansluitend de comparitie na antwoord de meest geëigende plaats voor een verdere voortzetting van de fact-finding. Mochten partijen het over een of meer bewijskwesies ook dan nog niet eens worden, dan zou de rechter voor deze concrete geschilpunten een verdere route moeten bepalen, al dan niet volgens de regels van het klassieke bewijsrecht en bij voorkeur in één geconcentreerde bewijsfase. Het doel van de informatieverzameling in deze fase zou moeten zijn dat partijen vervolgens (alsnog) vruchtbaar de onderhandelingsfase kunnen ingaan, bijvoorbeeld in een mondelinge behandeling na laatste getuigenverhoor.

3.12 Het tussenvonnis

De beslissing tot nadere bewijslevering is nu meestal opgenomen in een interlocutoir. Bewijs wordt thans vaak opgedragen onder aanhouding van iedere verdere beslissing. Tussenvonnissen, maar ook uitspraken in kort geding, zouden er veel meer op kunnen zijn gericht onderhandelingen zo gunstig mogelijk te beïnvloeden.

In de eerste plaats zou kunnen worden vastgelegd wat er op dat moment in de onderhandelingen al is bereikt. Voorts zou de rechter de onderhandelingen verder richting kunnen geven in de vorm van uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissingen of beslissingen die een meer voorlopig oordeel tot uitdrukking brengen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan schattingen van schadeposten, zeker van die waarvoor geen nader bewijs nodig is, of aan objectieve aanknopingspunten voor het uitonderhandelen van bepaalde geschilpunten. Partijen zullen hun winstkansen hierdoor beter kunnen inschatten, waardoor de kans op een accord zal toenemen. Mocht het toch niet tot een vergelijk komen, dan zou in ieder geval kunnen worden bereikt dat partijen geleidelijk naar een einduitspraak toegroeien en dat een verrassingsbeslissing door de rechter wordt voorkomen. Daartoe kan ook bijdragen dat de rechter vooraf met partijen overlegt over datgene wat in het tussenvonnis zal worden opgenomen en met welke status.

3.13 Het eindvonnis

Lukt het partijen niet om zelf tot een volledige oplossing van het geschil te komen, dan zal de rechter een eindbeslissing moeten geven. Ook dit vonnis zou zoveel mogelijk moeten aansluiten bij het onderhandelingsproces, en daartoe eventueel zelfs in concept aan partijen kunnen worden voorgelegd.

Mogelijk zal de rechter het contract willen wijzigen of aanpassen. De wet biedt de rechter in het kader van het leerstuk van de niet-nakoming thans op een aantal plaatsen al de mogelijkheid in te grijpen in het contracts evenwicht en te zoeken naar een toekomstgerichte oplossing op grond van een faire belangenafweging, bijvoorbeeld in het kader van art. 6:258 BW. Wellicht zou het recht moeten zoeken naar wegen tot uitbreiding van de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden, die immers voor de rechter een geschikt instrument kunnen zijn om tot een goede definitieve geschiloplossing te komen. Komt het op verdelen van schade aan, dan zou het met name voor duurrelaties wenselijk kunnen zijn dat aanknoping wordt gezocht bij een andere verdeelsleutel dan die uit individueel tekortschieten, en wel via een meer globale toerekening, bijvoorbeeld in het kader van art. 6:101 BW.

3.14 De uitvoeringsfase

Het eindvonnis maakt in de huidige praktijk lang niet altijd een einde aan het proces van geschiloplossing. Vaak wordt verder onderhandeld, bijvoorbeeld omdat de beslissing praktisch moeilijk uitvoerbaar is of omdat zij door één partij niet wordt geaccepteerd. Dan dreigen langdurige vervolgprocedures met ongewisse uitkomsten, waarin het geschil bovendien weer wordt verbreed.

Dit alles kan wellicht worden vermeden als de mogelijkheid wordt verruimd om uitvoeringsproblemen aan de orde te stellen, eventueel bij dezelfde rechter. Maar ook de plaats van appel en cassatie in een gemoderniseerde procedure zal goed moeten worden overdacht.

4 Eén hoofdspoor voor de afdoening van verbintenisrechtelijke geschillen?

De vergelijking met de nieuwe inzichten over conflictoplossing maakt vele knelpunten zichtbaar in de praktijk van de juridische geschilbeslechting. Dit levert op sommige punten een bevestiging op van wat velen al vermoedden: het is begrijpelijk dat het inschakelen van een advocaat vaak als polariserend wordt ervaren, dat een ingebrekestelling als een gebrekkige vorm van communicatie wordt beschouwd en dat een procedure vaak niet aansluit bij het stadium waarin het geschil zich in de ogen van partijen bevindt. Er komen ook minder bekende zaken aan het licht: de dwang die van het systeem uitgaat om bijna ieder geschil in termen van een tekortkoming van de wederpartij te zien, de te afstandelijke controle op competitief gedrag en de te geringe gerichtheid van het recht op het totstandbrengen van billijke

onderhandelingsresultaten. De vergelijking toont ook een grote lacune. Het stadium voorafgaande aan een procedure is nagenoeg ongeregeld gebleven. Het burgerlijk recht zou wezenlijk meer kunnen bijdragen tot het oplossen van conflicten tussen burgers wanneer (spel)regels zouden worden geformuleerd voor de wijze waarop die burgers in dat stadium het beste met de conflictsituatie om kunnen gaan.

De moderne opvattingen over conflicthantering contrasteren op een aantal punten sterk met de traditionele juridische aanpak. Maar veel ontwikkelingen in het materiële recht en in het procesrecht lijken voorzichtig te gaan in de richting van een modernere manier van geschiloplossing.

Het lijkt dan ook niet onmogelijk om één hoofdspoor voor de afdoening van geschillen te ontwikkelen dat de goede elementen van beide methoden in zich verenigt.³⁶ Mediation en andere vormen van ADR worden thans vooral gezien als een route naast de traditionele juridische geschilbeslechting. Zij kunnen echter moeilijk tot bloei komen wanneer die juridische geschilbeslechting, die alsnog nodig is als ADR niet tot resultaat leidt, op wezenlijk andere uitgangspunten is gestoeld. Ook dreigt bij het accepteren van twee hoofdsporen dat binnen de traditionele juridische geschilbeslechting geen vernieuwing meer plaatsvindt, omdat gedacht wordt dat het ADR-spoor daarvoor de plek is. Wij hopen daarom aannemelijk te hebben gemaakt dat het zoeken naar één hoofdspoor zinvol is.

In de nabije toekomst zal het procesrecht worden hervormd. Wellicht is het nog te vroeg om tot een volledige integratie van moderne conflicthanteringsmethoden in dat procesrecht te komen. Maar het is wel wezenlijk dat een nieuw wetboek van burgerlijke rechtsvordering, als het zo nog zou moeten heten, die verdere integratie bevordert en in ieder geval niet tegenhoudt. Een moderne conflictoplossende procesgang, ondersteund door daarop gerichte wettelijke regels, en steeds weer verder ontwikkeld in de praktijk, is een aantrekkelijk toekomstbeeld. Dit beeld past bij de modernisering van de rechtspraak waarvoor de politiek en de rechterlijke macht zich sterk hebben gemaakt.

Maar de problemen bij de integratie mogen niet worden onderschat. Want er zijn fundamentele verschillen. De huidige regels over niet-nakoming en procesrecht zien partijen en rechters als volledig autonome procesdeelnemers, die slechts met elkaars belangen moeten rekening houden als de regels dat bepalen. De werkelijke oplossing van een conflict vraagt een andere basishouding, die consequent zal moeten worden gestimuleerd door de toepasselijke rechtsregels en vooral door de manier waarop deze in de praktijk worden toegepast. Een conflict oplossen kan het beste worden gezien als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen, waarbij zij eventueel de hulp en desnoods de leidende hand van de rechter nodig hebben, maar ook dan nog zoveel mogelijk in samenspraak met elkaar en met die rechter. Zo'n aanpak vergroot de kans op gemeenschappelijke winst en op een billijke en dragelijke verdeling van voor- en nadelen. Eén van de grote vragen blijft of die aanpak ook van een onwelwillende partij

36 Uiteraard met varianten voor verschillende soorten geschillen

kan worden afgedwongen, danwel gebaseerd moet blijven op vrijwilligheid. Wij denken dat een juridisch geschiloplossingssysteem kan worden gevormd dat het op zijn minst zeer onaantrekkelijk maakt voor een partij om niet mee te werken. Maar er is nog veel denkwerk nodig voor een volledige integratie van de moderne geschiloplossingsmethoden in de juridische geschilbeslechting kan worden bereikt.

Literatuurlijst

Brown & Marriott 1993

H.J. Brown & A.L. Marriott, ADR principles and practice, Sweet & Maxwell, London, 1993.

Bühning-Uhle 1996

C. Bühning-Uhle, Arbitration and mediation in international business, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

Dawes & Orbell 1995

R.M. Dawes & J.M. Orbell, The benefit of optional play in anonymous one-shot prisoner's dilemma games, in: K. J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky en R.B. Wilson (eds.), Barriers to Conflict Resolution, Norton, New York London, 1995, p. 62-85.

Eindrapportage Projectteam Doelmatigheid Civiele Procedures 1996

De Eindrapportage Projectteam Doelmatigheid Civiele Procedures 1996, Den Haag, Ministerie van Justitie, juni 1996.

Fisher, Ury & Patton 1998

R. Fisher, W. Ury & B. Patton, Excellent onderhandelen: The Harvard Negotiation Project: een praktische gids voor het best mogelijke resultaat in iedere onderhandeling, Uitgeverij Contact, Amsterdam Antwerpen, 1998.

Gericht Verplicht 1997

Gericht Verplicht, Advies van de Commissie herijking omvang verplichte procesvertegenwoordiging, Den Haag, Ministerie van Justitie, juli 1997.

Gilson & Mnookin 1995

R.J. Gilson & R.H. Mnookin, Coöperation and competition in litigation: Can lawyers dampen conflict?, in: K. J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky en R.B. Wilson (eds.), Barriers to Conflict Resolution, Norton, New York London, 1995, p. 184-211.

Goldberg, Brett & Ury 1991

S.B. Goldberg, R. Brett & W. Ury, Designing an effective dispute resolution system, in:

S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, Dispute Resolution (negotiation, mediation and other processes), Little, Brown and Company, Boston Toronto London, 1992, p. 405-411.

Goldberg, Sander & Rogers 1992

S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, Dispute Resolution (negotiation, mediation and other processes), Little, Brown and Company, Boston Toronto London, 1992.

Hammerstein en Vranken 1998

A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, Kluwer, Deventer, 1998.

Jacobs 1998

W.A. Jacobs, ADR en consument: een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden van alternatieve geschillenoplossing, Kluwer, Deventer, 1998.

Kahneman & Tversky 1995

D. Kahneman & A. Tversky, Conflict resolution: a cognitive perspective, in: K. J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky en R.B. Wilson (eds.), Barriers to Conflict Resolution, Norton, New York London, 1995, p. 44-60.

Ten Kate en Van Koppen 1997

J. ten Kate en P.J. van Koppen, De rechter tussen partijen, in: J. ten Kate, R.J.P. Kottenhagen, A.I.M. van Mierlo en J.H. Wansink (red.), Miscellanea, Jurisconsulto vero Dedicata, Kluwer, Deventer, 1997, p. 217-228.

Van Koppen en Hessing 1997

P.J. van Koppen en D.J. Hessing, De schuld krijgen, in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing en H.F.M. Crombag (red.), Het hart van de zaak: De psychologie van het recht, Kluwer, Deventer, 1997, p. 25-43.

Lax & Sebenius 1986

D. Lax & J. Sebenius, The Manager as Negotiator, Free Press, New York, 1986.

Loonstra 1997

C.J. Loonstra, De jurist als bemiddelaar, VUGA, Den Haag, 1997.

Mnookin & Kornhauser 1979

R.H. Mnookin & L. Kornhauser, Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce, Yale Law Journal, 88, 1979, p. 950-997.

Mnookin & Ross 1995

R.H. Mnookin & L. Ross, Introduction, in: K.J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky en R.B. Wilson (eds.), Barriers to Conflict Resolution, Norton, New York

London, 1995, p. 2-24.

Prein 1996

H. Prein, Trainingsboek conflicthantering, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten, 1996.

Rapport Gemengde Commissie 1995

Rapport van de Gemengde Commissie uit de advocatuur en de rechterlijke macht, inhoudende voorstellen om te komen tot 'meer efficiency in civiele procedures', mei 1995,

Trema, jrg. 18, nr. 7a, 1995

Rechtspreken en Rechterlijke Organisatie anno 2005, 1998

A.W. Koers, Ph. M. Langbroek, J.A.M. Vennix e.a., Rechtspreken en Rechterlijke Organisatie anno 2005, Denkrichtingen voor de Toekomst, Den Haag, Ministerie van Justitie, Stuurgroep Toekomst zittende magistratuur, 1998.

Richters 1991

H.W. Richters, Schikkingen en proceskansen, dissertatie Rotterdam, 1991.

Ritsema van Eck en Huguenin 1993

E.J. Ritsema van Eck en P. Huguenin, Conflicthantering en onderhandelen: een praktische inleiding, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten, 1993.

Ross 1995

L. Ross, Reactive devaluation in negotiation and conflict resolution, in: K. J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky en R.B. Wilson (eds.), Barriers to Conflict Resolution, Norton, New York London, 1995, p. 26-42.

Smith & Mackie 1995

E.R. Smith & D.M. Mackie, Social Psychology, New York, 1995.

Verkruisen 1996

W.G. Verkruisen, Geschillen, geschillenprocessen en rechtspraak, in: De sociale werking van recht, Een kennismaking met de rechtssociologie en rechtsantropologie, Ars Aequi, Nijmegen, 1996, p. 682-697.